

## O Costume no Direito Brasileiro

Dirceu de MELLO\*

• **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Antecedentes legais do costume no Brasil. 2 Direito civil e costume. 3 Direito comercial e costume. 4 Direito penal e costume. 5 Outros direitos e o costume. 6 Prova do costume. 7 Direito processual e costume. 8 Valor do costume como fonte do direito. Conclusão. Referências bibliográficas.

• **RESUMO:** Este artigo apresenta uma análise crítica sobre o uso de costumes como uma fonte mediata de criação da Lei, no que se refere à sua influência sobre cada um dos diferentes ramos da ciência jurídica, como o penal, o civil, o comercial etc. Ele aborda a importância e as consequências da sua utilização, além de explicar as razões pelas quais, historicamente, os costumes estão sendo cada vez mais empregados na área jurídica, baseando-se na criação de “regras não escritas” constituídas por condutas de comportamento geralmente aceitas.

• **PALAVRAS-CHAVE:** Lei. Fontes. Costumes. Normas.

### Introdução

É conhecida a condição de fonte subsidiária do direito do costume, ao lado de outras, e em contraposição à lei, fonte principal e imediata desse mesmo direito. Mas isso em tempos que não os antigos, como os da velha Roma, por exemplo, onde o *mos majorum* aparecia como fonte única do direito (FOIGNET, 1947, t. 1, p. 12). Costume esse que, na difundida conceituação de May, corresponderia ao “conjunto de regras jamais proclamadas ou reconhecidas pelo poder legislativo e que no entanto são aceitas por todos como regra das relações sociais”. E que tiraria sua autoridade do assentimento geral, mas tácito, dos cidadãos, transmitido de geração para geração, por uso repetido.

Esse, na verdade, sobre a maneira de constituição do direito costumeiro, o pensamento surgido com Justiniano

Inveterata consuetudo pro lege non inmerito custoditur, et hoc est jus quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt; mérito et ea quae sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes. (D., I, 3, fr. 32, § 1º)

dos grandes nomes da escola histórica do direito, entre os quais Puchta, Savigny e Windscheid.

O *jus non scriptum*, assim, conforme essa corrente, repousaria na chamada consciência jurídica popular. Entendimento, porém, que, como sabido, sofreu e sofre a contestação de muitos – como a de Ihering, Geny e Del Vecchio, para só ficar com alguns. O último, particularmente, enfatizando que o grave defeito da escola histórica foi o de ater-se, apenas, à fase inferior da evolução jurídica, concebendo-a como algo nebuloso, fantástico, idílico, de tal sorte que a consciência popular seria qualquer coisa de misterioso, de infalível (DEL VECCHIO, v. 1, p. 190).

Hodiernamente, como acentua, entre nós, Clóvis Beviláqua (1946, p. 31 e ss.), invocando Köhler, prevaleceria o entendimento de que o costume se estabelece não somente em função da consciência coletiva, mas também da ação das sentenças dos tribunais, da doutrina dos escritores e da prática dos interessados. Coisa de que, é certo, se deu conta e pregou, ainda entre nós, Jorge Americano (v. 1, p. 564), ao dispor que

\* Professor de Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica/SP. Desembargador aposentado e Ex-presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.



[...] avulta o estudo da jurisprudência, como conjunto de sentenças (atos processados em juízo), que afirmam a existência do costume, desde que digam respeito à mesma matéria. A opinião comum dos escritores também opera como presunção da existência dos usos e costumes. Outro meio de prova acessível é o exame de contratos e documentos não respeitantes à causa, onde se faça referência à norma invocada como uso ou costume.

### 1 Antecedentes legais do costume no Brasil

Não há incoerência na utilização da expressão costume. Porque, conquanto *jus non scriptum*, vem o costume, desde tempos longínquos, ligado à tradição portuguesa, estatutariamente proclamado, no país, fonte subsidiária do direito declarado. Referiram-se a ele, com efeito, as Ordenações Filipinas (3, 64), ao falar que os conflitos judiciais, na ausência de leis, seriam resolvidos pelos estilos da Corte e pelos costumes. Era a valia do direito costumeiro, mandado observar, como esta na codificação em pauta, quando “longamente usado e tal que por direito se devesse guardar”.

Mais especificamente, é exato, veio a cuidar do assunto, em 18 de agosto de 1769, a lei conhecida como da boa razão, e que estabeleceu que só seriam legítimos os costumes conforme a boa razão, não contrários à lei e observados, pelo menos, há cem anos.

Depois disso, a referência dos textos aos usos e costumes (expressões que, na terminologia nacional, pode-se dizer sinônimas) já é daquele que poderíamos chamar direito brasileiro autêntico, examinado destacada e separadamente, em homenagem à disciplina do método.

### 2 Direito civil e costume

Ainda antes do diploma de 1916, fizeram alusão ao costume, à exceção do Esboço de Teixeira de Freitas, todos os projetos de codificação. Embora, é verdade, afinal, não haja a antiga Lei de Introdução ao Código Civil (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916) cuidado expressamente do tema, já que, em seu art. 7º, se limitou a ditar: “aplicam-se aos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais de direito”.

Todavia, basta a consulta ao texto de 1916, propriamente, para que se observe que o legislador civil, a cada passo, prestigiou e elevou o costume à condição de fonte mediata do direito (arts. 588, § 2º, 1.192, 1.210, 1.215, 1.218 e 1.219, por exemplo). Até que, com o Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, mereceu a questão o tratamento que se tem como adequado.

“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, de fato, eis como está hoje vazado o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Posteriormente, o Código Civil de 2002 ratificou a importância do costume como fonte mediata do direito, reproduzindo alguns dos dispositivos do texto de 1916 (arts. 569, 596, 597 e 1.297, § 1º, por exemplo).

Mais que no civil, porém, é incontroverso que, no campo comercial, ainda nos dias que correm, luz o costume como fonte prestigiosa do direito.

### 3 Direito comercial e costume

Várias foram as remissões ao costume feitas pelo vetusto, mas ainda vigente, Código Imperial do Comércio (arts. 130, 131, nº 4, 234, 673, nº 3 etc.). Notadamente, porém, reportaram-se a ele os regulamentos 737 e 738, de 25 de novembro de 1890. O primeiro para estabelecer que “constituem legislação comercial o código do comércio, e subsidiariamente os usos comerciais e as leis civis. Os usos comerciais preferem às leis civis somente nas questões sociais, e nos casos expressos no código” (art. 2º) e o último para dar-lhe os requisitos:

[...] serem conforme aos sãos princípios da boa fé e máximas comerciais, e geralmente praticados entre os comerciantes o lugar onde se acharem estabelecidos; não serem contrários a alguma disposição do código comercial ou lei depois dele publicada e terem mais de cinquenta anos. (arts. 25 e 26)

Quer dizer, no campo comercial, de tal maneira se valorizou o costume, que, em inúmeras situações, pouco distante ficou ele da norma escrita como fonte do direito.

O direito comercial inicialmente se desenvolveu com base nos usos e costumes. Trata-se, portanto, de um ramo do direito que tem como fonte natural as práticas negociais dos comerciantes, hoje denominados empresários. O próprio Código Comercial de 1850 dispunha, em seus arts. 154, 168, 179, 186, 201, 207, nº 2, e 291 (revogados pelo Código Civil de 2002), que os usos e costumes poderiam ser utilizados nas relações mercantis. Quadro esse que, conquanto abrangido, em especial pela formulação do sistema processual e da lei de quebras, continua caracterizado, a justificar, assim, destaque de Waldemar Ferreira (1947, v. 1, p. 157), no sentido de que

[...] no comércio existem, paralelamente, normas jurídicas emanadas do poder estatal competente e, ao lado delas, as de criação anônima, surgidas por força das necessidades, locais ou gerais, mas praticadas com tanta eficácia quanto aquelas. Há, pois, o direito escrito. Também o direito não escrito ou consuetudinário.

Aliás, mais no terreno do comércio internacional – em ascensão e de notáveis perspectivas, quando facilitada a comunicação entre os povos e diminuídas as distâncias – do que no do comércio interno, é sensível a influência do costume (como se colhe do que vigora sobre o uso das universalizadas siglas das vendas marítimas, por exemplo, ainda Waldemar Ferreira (op. cit., p. 161).

### 4 Direito penal e costume

Vigente, aqui, o princípio da reserva legal (art. 1º do Código Penal), não podia desfrutar o costume do prestígio que goza nos já mencionados ramos civil e comercial do direito.

No campo criminal, a definição das infrações e a cominação ou aplicação das penas é coisa que só a lei pode fazer. Isso, consoante tradição entre nós antiga e que encontra suas origens na afirmação mesma do princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Por isso, a nenhuma alusão do texto penal ao costume. O que, todavia, não quer significar sua desvalia total diante desse ramo do direito.

Como assinala Magalhães Noronha, tipos delituosos encontramos invocando o costume, ao aludirem a certos elementos como a honra, o decoro, a inexperiência, a justificável confiança, a mulher honesta etc. Impossível, aí, o conhecimento da norma desprezando-se o costume (NORONHA, 1968, v. 1, p. 50).

Depois, reproduzidas as palavras do mestre paulista, inspiradas em Soler e Aníbal Bruno,

[...] há casos em que ele (o costume) indiretamente é integrador do direito penal, quando a norma deste faz remissão a outra de diverso ramo jurídico, como o civil ou o comercial, que não o repudiam, e pode ser diretamente integrante, quando no mesmo caso, a norma civil, v.g., a ele referir de modo direto, não obstante ser isso excepcional [...]

e, ainda,

[...] aceita igualmente é sua influência, no tocante à extensão das causas excludentes da antijuridicidade ou da culpabilidade. Em muitos casos, o próprio fundamento da justificativa ou dirimente, ou a limitação de sua eficácia, está no costume, na prática uniforme e constante, segundo os interesses e tendências sociais e culturais. (Ibidem, loc. cit.)

Sem se falar, outrossim, em aspecto bem marcado por José Frederico Marques (1964, v. I, p. 190), ao dispor que

[...] onde também é preponderante o papel dos costumes, é nas regras sobre a aplicação da lei penal no espaço, dado que certas imunidades reconhecidas e proclamadas pelo direito das gentes, além de se basearem no direito consuetudinário, encontram neste certas ampliações comumente aceitas.

### 5 Outros direitos e o costume

Consectário lógico do que vem no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, normas, entre



outras, como a que se encontra no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho valorizando o costume como fonte do direito:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito de trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Já no tocante ao direito internacional privado, cuja disciplina maior, entre nós, aparece nos arts. 7º a 18 da referida Lei de Introdução ao Código Civil, é sentida a influência do costume. Di-lo, na verdade, cuidando do assunto, com sua autoridade, Oscar Tenório:

As deficiências e lacunas do direito internacional privado têm permitido a elaboração de um direito costumeiro, vivamente assentado no espírito nacional ou nas necessidades que a lei não previu. Algumas regras de direito internacional privado, como *mobilia seguuntur personam*, tiram sua força da prática repetida, sem oposição, a texto legislativo, e outras tornam a própria disposição legal inócua. O princípio *locus regit actum* é de caráter costumeiro em vários países. São, na verdade, princípios costumeiros internos.

Aliás, a propósito, é conhecida a classificação das fontes do direito internacional privado de Clóvis Beviláqua (1934, p. 121/122): a lei especial de cada país, os tratados, a tradição e os costumes. Costumes, aqui, seriam tanto os nacionais como os internacionais; os primeiros caracterizados por sua independência de qualquer estipulação ou ajuste externo e os segundos como acordos tácitos dos Estados, no sentido de aceitar uma norma obrigatória reguladora da sua conduta nas suas mútuas relações (MACHADO VILELA).

Mais do que tudo prestigiado o costume como fonte do direito, finalmente, no campo do direito internacional público. Onde, em rigor, ao lado dos princípios gerais de direito, aparecem como fonte exclusiva do direito (cf. ACCIOLY, 1948, p. 10). Porque, quanto aos tratados e convenções internacionais, não se olvide que nada mais representam do que a consagração de princípios e costumes generalizadamente aceitos, ainda consoante Hildebrando Accioly (ibidem, loc. cit.).

Bem por isso, no art. 38 do Estatuto da Corte de Justiça Internacional, aderente o Brasil, regra assim vazada:

A corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral, aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do art. 59 (que diz respeito à autoridade relativa da coisa julgada), as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.

## 6 Prova do costume

Na esfera comercial e no passado, feita de conformidade com as normas dos arts. 26 *usque* 29 do regulamento 738. Nos dias atuais, porém, procedida de acordo com as regras dos arts. 260, 261, 262 do Código de Processo Civil (CPC), que distinguem entre costume comercial nacional e costume comercial internacional.

Prova do costume comercial nacional são os assentos das Juntas Comerciais, ou das Câmaras Sindicais dos Corretores, onde as primeiras não existam (texto básico, Decreto nº 596, de 1º de julho de 1890). Desses assentos é que são extraídas as certidões, mencionadas no art. 260 do CPC.

Enquanto não existir assento, diante de prática regular de uso na praça, poderão as Juntas fornecer atestados aos interessados. Atestados esses que, acolhidos pela Justiça, permitirão a tomada das providências a que alude o art. 262 do CPC (cf. REZENDE FILHO, 1950, v. II, p. 359).

Já do costume comercial internacional são prova os atos autênticos, devidamente formalizados, do país em que se tenham originado (art. 261 do CPC).

Por ato autêntico se entenderá o instrumento escrito de acordo com a lei do país de origem. Na França, é um parecer dado por comerciantes idôneos. Na Itália, é um parecer da Câmara de Comércio ou um julgamento do Tribunal. A juntada aos autos do ato autêntico relativo a uso comercial estrangeiro depende de sua prévia tradução em português por tradutor público. (REZENDE FILHO, op. cit., p. 360)

No campo do direito internacional privado, como anota Oscar Tenório (op. cit., p. 53), a prova do costume nem sempre é fácil. "Cabe – palavras suas – ao aplicador utilizar os meios consagrados pela *lex fori*, para verificar a sua existência. A palavra de uma autoridade e a adesão da magistratura a certos cânones que o uso acolheu servem na pesquisa e comprovação do costume". Demonstração trabalhosa, em suma.

Em termos de direito internacional público, prova do costume são, de regra, os tratados e convenções para os quais podem evoluir. Como, no entanto, sua força compulsória procede, antes de tudo, de uma prática geral, admitida como lei, pode-se acrescentar que o consentimento unânime ou prévio dos Estados não é necessário para que o costume internacional seja obrigatório (cf. ACCIOLY, 1948, p. 10).

Na esfera dos outros ramos do direito onde o costume conta, é certo que sua demonstração poderá ser feita pelos meios de prova em geral permitidos. Sobre a prova do costume civil, particularmente, há dispositivo expresso no CPC (art. 259).

## 7 Direito processual e costume

Sim, praxes há, e várias, que orientam o processo, atuando como verdadeiras fontes subsidiárias do direito judiciário.

Embora entre nós, especificamente, norma alguma se encontre – costume como fonte do direito processual –, é de Hugo Alsina (1941, v. I, p. 169) a observação acerca de que em nenhum ramo do direito, como o do processo, os usos e costumes têm tanta importância fundamental.

Conquanto se possa reputar exagerada a consagração do processualista alienígena – parece certo que o costume tem influência bem maior na esfera do direito internacional e do direito comercial –, não deixa de ser sugestivo o registro.

Mesmo porque, entre os autores nacionais, não se nega a condição de fonte mediata do direito processual do costume (ver, entre outros, João Mendes Júnior, Magalhães Noronha, José Frederico Marques, Eduardo Espínola Filho, Lopes da Costa, Pedro Batista Martins, Carvalho Santos, Borges da Rosa, Moacir Amaral Santos e Jorge Americano).

Daí, pois, a legitimidade da referência inicial deste item.

## 8 Valor do costume como fonte do direito

Dependendo do ramo do direito considerado, como já acentuado, será esse valor maior ou menor. Destacado, assim, no campo do direito comercial e do direito internacional; diminuto no do direito penal; de significado intermediário no do direito civil e do direito judiciário.

Poder-se-ia, como ponto de partida, sustentar que o costume reconhecido é o interpretativo e o supletivo da lei, não o ab-rogatório (cf. BEVILÁQUA, 1946, p. 34). Observação, é certo, não válida para o direito internacional.

Para o direito criminal, no entanto, a ressalva teria que ser até mais rigorosa. Não obstante, exemplos podem ser anotados de costumes que acabaram se sobrepondo à lei escrita.

É Beviláqua (op. cit., p. 34/35), ainda, que cita o caso da instituição do seguro de vida entre nós, até certo ponto contrária à disposição formal do art. 685, nº 2, do Código Comercial.

Do grande civilista, também, as notas quanto a dois alvarás célebres (4 de julho de 1789 e 30 de outubro de 1793), porque consagradores do poder revocatório das leis do desuso (ibidem, loc. cit.).



Mesmo no campo do direito penal, onde o costume não goza de franquias maiores, são conhecidas as posições de Schönke, Maggiore e outros, em torno de que o não uso da norma interfere com sua eficácia. Tanto que, na linha de tais doutrinadores, se permitiu José Frederico Marques (ibidem, p. 189) escrever que,

[...] embora possamos admitir que em alguns casos dos apontados, o desuso torne inaplicáveis normas incriminadoras, quer parecer-nos que em muitos dos exemplos citados o que existe é um exercício regular de um direito, que pode também ter base consuetudinária. Um caso típico dessa natureza encontramos no chamado "trote" com que os estudantes recebem os noviços. É o costume, exclusivamente, que autoriza e justifica certas violências praticadas nessas manifestações estudantinas.

#### Conclusão

Teríamos, aqui, que distinguir entre os países de codificação e os de direito costumeiro, onde a sorte do costume como fonte do direito, é claro, em termos de previsão, haverá de variar.

Entre os segundos (nações do *Common Law*, por exemplo), parece certo que o prestígio do direito consuetudinário tão cedo não será abalado.

Entre os Estados de codificação, porém, de há muito vem o costume sendo hostilizado. Clóvis Beviláqua (1946, p. 37), a propósito, enumera diplomas sucessivos (Áustria, Alemanha, Portugal, Espanha e Uruguai), nos quais normas especiais procuram minimizá-lo como fonte do direito.

Entre nós, inclusive, já prognosticou Carvalho de Mendonça (apud REZENDE FILHO, 1950, p. 358) que, sem embargo da importância que lhes empresta a própria lei, o valor dos usos comerciais como fonte do direito comercial dia a dia se enfraquece e de preferência a eles e ao próprio direito civil se tem buscado, na legislação e na jurisprudência dos países de cultura jurídica adiantada, os elementos para a solução dos casos omissos no Código. Prognóstico, todavia, a que se opõe a realidade de um comércio internacional, baseado em hábitos generalizados,

cada vez mais desenvolvido (FERREIRA, 1947, v. 1, p. 161 e ss.).

Depois, é em outro sentido a opinião de muitos, como Massari (1913, p. 28), por exemplo, penalista – frise-se –, a sustentar que a evolução doutrinária e penal é favorável à ampliação da esfera do costume no direito criminal).

Isso, é exato, sem se falar nas manifestações do direito internacional, pela sua própria natureza e ao que tudo indica sem possibilidade de alteração próxima, inspiradas, sobretudo, no costume. Costume que, ao ver do signatário, enquanto insuficientes os textos – o que vale dizer, *ad eternum*, que a perfeição nos homens é utopia – continuará a ter seu lugar como fonte, secundária, é razoável, mas perene e intangível do direito.

MELLO, D. de. Custom in Brazilian Law. *Rev. Justitia (São Paulo)*, v. 197, p. 81-87, jul./dez. 2007.

• **ABSTRACT:** This article is a critical analysis about the use of customs as a mediate source of the creation of Law, regarding its influence on each of the different branches of legal science, such as criminal, civil science, commercial etc. It tells the importance and the consequences of its use and explains the reasons why the customs historically spread out in the legal area, basing the creation of "non written norms" formed by behavior conducts generally accepted.

• **KEYWORDS:** Law. Sources. Customs. Norms.

#### Referências bibliográficas

- FOIGNET, René. *Manuel élémentaire de droit romain*. Paris: Nouvelle Collection Foignet, 1947. t. 1.
- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: 1948.
- ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesual civil y comercial*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1941. v. I.
- AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Freitas Bastos, 1946.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Tradução de Antonio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado. Editor-sucessor, v. 1.

FERREIRA, Waldemar. *Instituições de direito comercial*. São Paulo: Freitas Bastos, 1947. v. 1.

MACHADO VILELA, *Tratado elementar teórico e prático de direito internacional privado*, n. 8.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1964. v. I.

MASSARI, Eduardo. *La norma penale*. S. Maria C. V.: Francesco Cavotta, 1913.

NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1968. v. 1.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. São paulo: Saraiva, 1950. v. II.

TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1953.